

闲置国有建设用地使用权收回制度的司法实证研究

蔡立东 刘思铭

(蔡立东, 吉林大学法学院教授、博士生导师; 刘思铭, 吉林大学理论法学研究中心研究人员 吉林 长春 130012)

摘要:司法实证研究表明, 现行“权力驱动型”规范模式的闲置国有建设用地使用权收回制度存在容易引发权力滥用、失于对相对人及利害关系人权利的保护、国土资源主管部门双重角色混乱、未能与现行法规体系有效衔接等诸多局限性。究其关键在于没有以物权变动的逻辑阐释收回行为的法律性质及法律结构, 导致这一权利变动现象游离于物权的规范体系之外, 未能获得相关制度资源的有效规整。因此, 需要改采“权利行使型”规范模式, 以终止权的设立及行使为制度资源重构闲置国有建设用地使用权收回制度, 妥善平衡各利益相关者的权益。

关键词:闲置国有建设用地使用权 收回制度 权力驱动型 权利行使型

一、引言

21 世纪以来, 我国房地产市场迅猛发展, 部分城市房价严重超出合理水平, 房价过高已然成为民生热点问题, 加强对房地产市场的宏观调控已经成为政府的当务之急。中央和各级地方政府为增加土地有效供给, 规制房地产企业囤地、炒地行为, 遏制房价的过快上涨, 通过依法收回闲置国有建设用地使用权,^① 加大了对闲置土地的处置力度。我国闲置国有建设用地使用权收回制度散见于《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)、《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《房地产管理法》) 两部法律和《基本农田保护条例》、《中华人民共和国城市房地产开发经营管理条例》(以下简称《城市房地产开发经营管理条例》)、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等行政法规以及《国有建设用地使用权出让合同》(示范文本, GF-2008-2601) 当中。^② 这些法律、行政法规以及合同示范文本基本都可以理解为《房地产管理法》第 26 条在不同语境下的具体表达, 宣示了对于闲置国有建设用地使用权处置的原则立场和收回闲置国有建设用地使用权的实体要件。国土资源部 2012 年修订的《闲置土地处置办法》则明确了闲置土地的调查和认定程序, 给定了处置和利用的具体规则, 细化了收回的具体条件, 并设定了程序性的操作规则。以上规定构成我国现有文本意义上的闲置国有建设用地使用权收回制度。

在国家积极推进土地资源市场化配置^③ 的背景下, 以法律逻辑审视闲置国有建设用地使用权收回制度的文本表达和制度实践, 以下问题则变得无法回避: 闲置国有建设用地使用权收回的权利(力) 基础是什么? 其行为的法律性质是什么? 以何种法律机制为依托解释现行收回制度、补充其漏洞? 如何避免国土资源主管部门的“土地所有权行使主体”和“土地行政管理主体”双重身份的错位? 国有建设用地使用权被收回后, 使用权人已经付出的“有益费用”是否应该得到补偿? 闲置国有建设用地使用权上设立抵押权状

基金项目: 教育部人文社会科学重点研究基地重大招标项目(2007JJD810158); 司法部国家法治与法学理论研究资助项目(12SFB1004)

合,抵押权人的权利如何保护?若国有建设用地使用权被无偿收回,未收到全额补偿款之被征收(拆迁)人的权利应如何实现?有鉴于此,本文对我国各级法院就闲置国有建设用地使用权收回纠纷已经作出的裁判进行实证研究,并结合国外以及我国台湾地区的有益立法经验,提出完善相关法律制度的建议。

二、实证考察:案例的数据统计和分析

(一)总体性数据

本文案例来源数据库为北大法宝司法案例数据库。截至2014年3月7日,以“闲置土地”为关键字,进行全文检索,共获得裁判文书419篇,以案由分类为划分标准,其中刑事案件裁决30篇、民商经济案件裁决273篇、行政案件裁决116篇;再以“建设用地”为关键字,在上次检索的结果中检索,共获得案例145个,其中刑事案件9个、民商经济案件63个、行政案件73个。对上述获得的145个案例进行分析发现,9个刑事案件可以直接排除在本文的研究范围之外,在63个民商经济案件中,有5个案例为适格案例,其余58个案例与本文研究内容无关予以排除;在73个行政案件中,排除与本文研究内容无关的26个案例^①后得到47个适格案例。通过上述检索,共得到适格案例52个,其中《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)2007年10月1日实施以后作出裁判的案例为27个。

表1: 闲置国有建设用地使用权收回案例的时间分布

年份	2013年	2012年	2011年	2010年	2009年	2008年	2007年
案例数	6	2	11	1	1	4	9
年份	2006年	2005年	2004年	2003年	2002年	2001年	2000年
案例数	5	6	1	1	1	0	4

从表1可以看出,闲置国有建设用地使用权收回案例的时间分布比较集中,2005—2008年间的案例数占案例总数的46.2%,2011年的案例数占案例总数的21.2%。另外,随着《国有土地上房屋征收与补偿条例》的出台,取得新增国有建设用地使用权的法律门槛明显抬高。存量国有建设用地使用权的商业价值则更加凸显,其因闲置而收回现象受到更多的关注,由此引发的行政诉讼也呈现出上升趋势。^⑤因此,综合国土资源部公布的近年来各级国土资源主管部门治理闲置土地的数据,2014年的案例数极有可能超出历年的平均水平。案例分布集中的年份往往与各级政府加强房地产业宏观调控的年份同步。在此期间,各级国土资源主管部门一般都开展运动式的集中整治,批量作出无偿收回闲置国有建设用地使用权的决定,因此往往无视程序正义的基本准则,增大基于程序瑕疵引发诉讼的可能性,这也可以通过表4关于案件争议焦点的实证研究数据得到印证。

表2: 闲置国有建设用地使用权收回案例的地域分布

省份	海南	广东	河南	福建	湖北	河北	北京
案例数	29	17	2	1	1	1	1

从表2可以发现,案例仅分布在7个省、直辖市,且主要集中在海南和广东两省,而且在广东省的17个案例中有5个案例^⑥实质上是由一起纠纷经过多次审理而形成的,因此在海南省发生的案例总数在全国就显得尤为突出。结合表1可以对表2作出以下合理解释:2010年全国各地加强对房地产市场的宏观调控并把处置闲置土地作为重要的调控手段,各级国土资源主管部门对积压的闲置土地进行集中整治,案例数的激增也就在情理之中了。在海南省发生的案例尤其集中在2005—2008年,期间正值海南房地产市场逐步从20世纪90年代初形成的泡沫中复苏。这一方面可能与1999年实施的《海南省人民政府、建设部、财政部、国土资源部、中国人民银行处置海南省积压房地产试点方案》(国办发[1999]62号)有关;另一方面更可能是随着海南省房地产市场的回暖和土地价格的逐步攀升,“土地财政”成为各级国土资源主管部门无偿收回闲置国有建设用地使用权的动力。国土资源主管部门具有“土地所有权行使主体”与“土地行政管理主体”的双重身份,其开展的治理活动往往会受到意在图利自肥而非严格执法的质疑。

(二)案件当事人和争议事由

《土地管理法》和《房地产管理法》并没有具体规定闲置国有建设用地使用权收回的实施主体。根据《闲置土地处置办法》第 14 条的规定,尽管收回的决定权属于地方政府,但地方政府对国土资源主管部门收回请示的批准若被理解为内部程序,则决定收回的行政主体依然可能是国土资源主管部门。且作为收回依据之一的《国有建设用地使用权出让合同》一律以国土资源主管部门为出让人。可见收回行为的主体到底是地方政府还是相应的国土资源主管部门,尚未形成定论。表 3 显示现已审结的案件基本按照行政诉讼的被告确定规则,依据《收回国有建设用地使用权决定书》的具名主体确定被告。地方政府及国土资源主管部门的国有建设用地“土地所有权行使主体”与“土地行政管理主体”的不同身份在诉讼中并未被赋予各自独立的法律意义。

表 3: 被告身份^⑦

被告身份	案例数	所占比例
地方政府	24	46.2%
国土资源主管部门	18	34.6%
二者为共同被告	10	19.2%

表 4 展示了闲置国有建设用地使用权收回案件的争议事由。需要说明的是,在同一案件中存在两类争议事由并存的情况,也存在在一类争议事由下多种具体主张同时存在的案件,因此案件总数大于 52 个。

表 4: 争议事由

争议事由	案例数
1. 对收回(处罚)决定不服	47
a. 主张未构成闲置	11
b. 主张闲置是由于政府或其他原因造成	30
c. 主张收回(处罚)决定程序有瑕疵	22
d. 主张收回(处罚)决定适用法律错误	12
2. 收回后利害关系人主张权利	9
a. 收回国有建设用地使用权上设有他物权	4
b. 未履行拆迁安置补偿协议确定的义务	5

主张闲置是由于政府或其他原因造成的案例,主要包括三种具体情形:(1)作为国有土地所有权行使主体的政府或者国土资源主管部门没有履行“通水、通电、通路、平整土地”(“三通一平”)义务致使国有建设用地不具备开发建设条件。“三通一平”义务基于合同关系而生,政府以及国土资源主管部门在此场合的身份是合同相对方——国有建设用地“所有权行使主体”。法院的立场是:如果《国有建设用地使用权出让合同》中没有关于“三通一平”义务的约定,则推定该项义务由国土资源主管部门承担。(2)作为土地行政管理主体的政府或者国土资源主管部门没有履行职责,致使国有建设用地使用权人无法进行开发建设,其典型情形是因未完成土地征收程序而无法开发建设。(3)政府调整国有建设用地本身或者周边的城市建设规划,致使国有建设用地使用权人不能按照原来的方案开发建设,这种情形下国有建设用地闲置是由于“公权”原因所致。尽管《闲置土地处置办法》第 8 条规定了属于政府、政府有关部门的行为造成动工开发延迟的 6 种情形,且国土资源主管部门不得因此采取无偿收回的处置措施,但实际上还是会出现一种匪夷所思的结果:没有履行合同义务的违约方竟然可以消灭合同相对方已支付对价而合法取得的权利。这一合同法领域中的荒唐逻辑,因违约方兼有土地行政管理者的身份而在国有建设用地使用权出让领域中不断上演。^⑧

主张收回(处罚)决定程序有瑕疵的案例,主要是对在报纸上公告送达收回(处罚)决定法律效力的质疑。《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)第 40 条规定:“行政处罚决定书应当在宣告

后当场交付当事人；当事人不在场的，行政机关应当在七日内依照民事诉讼法的有关规定，将行政处罚决定书送达当事人。”《中华人民共和国民事诉讼法》第84—92条详细规定了法律文书送达的途径和方式，公告送达是穷尽其他送达方式的兜底手段。在收回闲置国有建设用地使用权的实践中，公告送达却已然成为主要的送达手段。这主要是由于目前对于闲置国有建设用地使用权的整治仍然采用运动式执法，公告送达一方面降低了行政主管部门送达的人力和时间成本，另一方面还向社会公众表达了政府加强对房地产市场宏观调控的决心。但从实际效果来看，程序瑕疵已经成为诱发国有建设用地使用权收回争议的重要原因，且法院往往会因此判决政府或者国土资源主管部门败诉。可见，泛政治化思维所导致的运动式治理模式折射着行政执法过程中程序正义和法治精神的严重缺失，似乎只要行政行为符合政治需要便可以不受法律和道德约束，对行政相对人采取任何手段。相应的，支撑现代文明社会、规范行政行为的法律准则被弃之一边，社会主体可依凭的法律保护彻底失效。由此可能导致的选择性执法、有法不依等问题不利于土地利用管理秩序的形成，并可能诱发深层次矛盾，当然也难以根治国有建设用地闲置问题。

国有建设用地使用权被收回后，可能出现抵押权人和未得到全额补偿的被征收（拆迁）人的权利保护问题。其中第一种情形是，在国有建设用地使用权这一用益物权上设定他物权的，国有建设用地使用权被收回后，他物权的命运和权利人的利益保护问题；^⑨第二种情形是，在国有建设用地使用权被收回后，与国有建设用地使用权变动有牵连关系的相关权利义务，是否应由收回主体概括承受的问题。但遗憾的是，在第一种情形下，《闲置土地处置办法》第13、14条只赋予了抵押权人知情权和参与权，但对知情权和参与权的实现未配置有效的救济措施，《收回国有建设用地使用权决定书》一般也不涉及抵押权人利益保护的问题。^⑩司法实践中，政府或者国土资源主管部门只要通知抵押权人参与处置方案的制订，法院即认定抵押权人的权利得到了保护，不问抵押权人提出的处置方案是否被采纳。对于第二种情形，目前法院往往是简单地裁定不予受理，^⑪建议当事人与政府或者国土资源主管部门协商解决。不同于征收制度，^⑫收回制度系从作为收回对象之权利的角度厘定制度的适用范围，收回行为的效力仅能及于建设用地使用权，而不能决定其他权利的命运，因此即使进入司法程序后，由建设用地使用权收回引发的利益冲突仍处于开放状态，对于某些现实的利益冲突，法院并未形成确定的裁断结论。可见现行法律规范对抵押权人和被征收（拆迁）人的利益完全没有给予认真对待，司法也未发挥定纷止争的功能。

（三）法院裁判适用的实体法规范

从表5来看，法院裁判的依据主要是《闲置土地处置办法》这一部门规章和各地有关闲置土地处置的地方性法规，单独适用《土地管理法》和《城市房地产管理法》的情形并不多见。^⑬

表5：裁判适用的实体法规范^⑭

裁判依据	案例数
《土地管理法》	9
《城市房地产管理法》	6
《闲置土地处置办法》	15
各地有关闲置土地处置的地方性法规	25
《物权法》	0

收回闲置国有建设用地使用权关系到使用权人的重大财产利益，现行法规范模式将其理解成是一种行政处罚，^⑮该行为的效力在于终止权利人的用益物权，剥夺相对人的合法财产，在行政处罚的谱系中，只能被理解为“没收”或“法律、行政法规规定的其他行政处罚”。^⑯根据《行政处罚法》第14条的规定，地方性法规和部门规章无权设定这两种行政处罚。这说明既有的法律资源并不构成闲置国有建设用地使用权收回充分法律依据。尤其值得注意的是，《物权法》已经明确将国有建设用地使用权界定为用益物权，在其颁布之后结案的27个案例中竟然没有一个以《物权法》的相关规则作为裁判依据，也没有基于物权法定原则，依循物权法的逻辑阐释闲置国有建设用地使用权收回制度。地方政府和国土资源行政主管部门在土地权利变动中居于主动地位，行政管理性质的《土地管理法》、《城市房地产管理法》等成为土地权利义务变

动的基本依据,这使得《物权法》在制度实际运行过程中被架空。

三、理论总结:“权力驱动型”规范模式的闲置国有建设用地使用权收回制度及其局限性

在本文考察的52个案例中,其中有47个由法院作为行政诉讼受理。5个由民事审判庭裁判的案例^⑩均被裁定不作为民事案件受理,核心理由是国土资源主管部门对闲置国有建设用地的处置还没有最终结论,因此还不具备作为民事案件受理的条件。^⑪表5也清楚说明,法院在适用法律裁判有关纠纷时完全无视国有建设用地使用权的用益物权属性。可见,目前构成闲置国有建设用地使用权收回制度的有效规则主要是土地行政管理法律,收回行为被定性为行政处罚,按照公法的逻辑运行,由政府或国土资源主管部门以行政执法主体的身份通过行使土地行政管理权予以驱动,这构成了闲置国有建设用地使用权收回的“权力驱动型”规范模式。这种规范模式具有明显的单向性,仅关注政府目标的实现和行政权力行使的便利而失于对不同利益的平衡,呈现出以下弊端:

1. 容易诱发行政执法主体的运动式治理。为什么在每次声势浩大的闲置国有建设用地专项整治中,国土资源主管部门都能取得“丰硕的成果”,清理出一批长期闲置的国有建设用地?既然国有建设用地已经闲置多年,为什么没有进行有效的日常监督和治理?为什么会出现大量的由于程序瑕疵而导致各级政府和国土资源主管部门败诉的案例?统计结果表明,闲置国有建设用地使用权收回案例的数量在一定程度上与当地国有建设用地使用权出让价格水平具有正相关关系(参见表6)。

表6:全国土地交易价格指数
(上年=100)

年份	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
指数	106.9	108.3	110.1	109.1	105.8	112.3	109.4	105.4
案例数	4	1	1	1	6	5	9	4

资料来源:国家统计局2002—2010年《中国统计年鉴》

房地产价格高涨之时,就可能是集中清理闲置国有建设用地使用之日。其原因就在于“权力驱动型”规范模式与运动式执法的孪生关系,这种规范模式将收回闲置国有建设用地使用权化约为行政处罚,只受行政处罚的普通程序约束。我国行政处罚立法和行政法理论缺乏从行政责任要件入手规范行政执法行为的维度,也未确定相对人的免责或抗辩事由。行政执法主体实施行政处罚时,仅从客观角度判断行政相对人行为的违法性,而基本不考虑内在形成原因。同时,由于不存在可以考量相对人违法状态成因的对应性利益平衡机制,在审查行政处罚行为合法性时,司法机关则将考察的重心置于行政执法主体行为的合法性。^⑫一旦行政执法主体的行为存在充分的法律和事实依据就可以畅通无阻,这就为运动式执法铺平了道路。实证分析表明,在由于政府原因导致使用权人无法开发建设场合,一旦被认定为闲置,无论基于何种原因,使用权人都有可能承受国有建设用地使用权被无偿收回的不利后果,且不能获得相应的赔偿或者补偿。不仅如此,“权力驱动型”规范模式还必然伴生行政执法主体的选择性执法,^⑬不仅现行法律在赋予行政执法主体无偿收回闲置国有建设用地使用权职权的同时没有对其怠于行使该职权配置相应的责任,而且闲置国有建设用地使用权人面临着贿赂行政执法主体而使其土地使用权免于被收回的激励。^⑭

2. 缺乏对行政相对人权益的保护。各级国土资源主管部门在专项整治闲置土地过程中,高举行政处罚的“大棒”,无偿收回构成闲置的国有建设用地使用权。但却忽视了一个重要问题:在“已动工开发但开发建设用地面积占应动工开发建设用地总面积不足1/3或者已投资额占总投资额不足25%”而构成闲置的国有建设用地使用权被无偿收回后,使用权人已完成的投资应该如何处理?根据《闲置土地处置办法》第16条的规定,《收回国有建设用地使用权决定书》完全可以罔顾这一问题。如前所述,若将收回的性质理解为“没收”,尚需明确的是“没收”对象是已经设立的国有建设用地使用权还是已经缴纳的土地出让金,抑或是使用权人的前期投入?根据《行政处罚法》第8条第3项的规定,“没收”的客体限于“违法所得”和

“非法财物”。权利人基于《国有建设用地使用权出让合同》取得国有建设用地使用权,有法律上的原因,因此不能将其界定为“违法所得”。权利人的前期投入明显是对国有建设用地使用权的积极利用,无论如何都不应视为“非法财物”。即使将“收回”理解为“法律、行政法规规定的其他行政处罚”,由于在行政诉讼程序中法院只对具体行政行为的“合法性”进行审查,而行政赔偿又以行政行为违法为前提,若国土资源主管部门的收回行为无违法性瑕疵,原使用权人就很难在行政诉讼中就其已经支付的“有益费用”要求国土资源主管部门予以补偿。

3. 缺乏对利害关系人权利的保护。通过表 4 可以看出,本文考察的 52 个适格案例中,有 9 个是因利害关系人主张权利而引发的纠纷。因国有建设用地使用权收回,首当其冲受损的是抵押权。抵押权人通过法定程序在国有建设用地上设定担保物权,在闲置国有建设用地使用权收回的过程中,竟然只有被通知参与拟定处置方案的权利,并且实践中抵押权人的主张往往得不到支持。^②权利的消灭必须以特定法律事实的发生为前提,国土资源主管部门剥夺抵押权人抵押权的正当性何在?对于国有建设用地使用权的闲置,抵押权人并没有过错,却可能承担抵押权消灭,主债权难以实现的不利后果。在权利变动的逻辑视阈下,这样的责任风险分配无疑是缺乏正当性基础的。更为重要的是,在现行规范模式之下,抵押权人的权利得不到有效的保障,国有建设用地使用权的融资功能将进一步萎缩,进而增加了使用权人由于融资困难而导致国有建设用地闲置的几率,形成一个既定政策的自反困局。因收回行为而利益受到损害的另一类利害关系人为被征收人。虽然目前的行政法规、部门规章均明确要求在国有建设用地使用权出让的过程中需要“净地”^③供应,由政府或国土资源主管部门作为征收人与被征收人签订《拆迁安置补偿协议》。但是在房地产征收、征用实践中存在大量由于没有足够资金进行拆迁安置补偿而由国有建设用地使用权人实际负担拆迁安置义务的情形。在这种情形下,若国有建设用地使用权被无偿收回,未收到补偿款之被征收人追索补偿款的问题同样值得关注。基于合同的相对性,被征收人已经履行了合同的义务,有权向国有建设用地使用权人请求拆迁安置补偿款。但在制度的具体运行过程中,这种路径并不可行。在国有建设用地使用权被无偿收回后,使用权人往往就不再具备履行义务的能力。而被征收人往往是社会弱势群体,如果不能获得足额的拆迁补偿,甚至可能导致生存危机,若无法通过法律途径维护自身的权利,则只能通过信访渠道申诉,这极有可能构成群体性社会事件的诱因。

4. 国土资源主管部门双重角色的错位。国土资源主管部门在国有建设用地使用权出让和收回的过程中,担当着“土地所有权行使主体”和“土地行政管理主体”的双重角色,并且在这两个角色之间的转换混乱而无序,很难清晰地辨识出其何时是“运动员”,何时是“裁判员”。一方面,在《最高人民法院民事案件案由规定》中“建设用地使用权出让合同纠纷”为“合同纠纷”中的一小类,建设用地使用权出让明确被纳入民事活动范畴。^④据此,在国有建设用地使用权出让过程中,国土资源主管部门是以“土地所有权代表”的身份行事,国有建设用地使用权的设定乃依民事权利变动的逻辑而为。同为权利变动的收回行为亦应遵循民法的权利变动逻辑,前述《国有建设用地使用权出让合同》第 32 条约定:“受让人造成土地闲置,闲置满一年不满两年的,应当依法缴纳土地闲置费;土地闲置满两年且未开工建设的,出让人有权无偿收回国有建设用地使用权”。将收回国有建设用地使用权的主体界定为“出让人”,国土资源主管部门的角色定位仍然是“土地所有权行使主体”。但在具体案例中,国土资源主管部门则完全以“土地行政管理主体”示人,而其“土地所有权行使主体”的法律地位在国有建设用地使用权收回问题上并未展现其意义。

5. 没有与民事基本法衔接。表 5 显示,在绝大多数情况下法院裁判所适用的实体法规范竟然都是地方性法规和部门规章,法律则居于次要地位。尤其值得注意的是,闲置国有建设用地使用权无偿收回关涉建设用地使用权和抵押权两种物权的消灭,法院裁判由此引发的纠纷,竟然无一援引《物权法》的相关规定。无论是各级地方政府及其国土资源主管部门的规定还是法院的裁决,对闲置国有建设用地使用权收回过程的众多环节都没有明确其民事法律后果。这种缺失使得“闲置国有建设用地使用权收回”这一生活事实游离于物权法律体系之外,收回行为的权利基础、发生要件及实现程序欠缺明确的法律依据,又由于行为性质的模糊不清,使得难以依靠现行法律对其进行补充、完善。因此,面对闲置国有建设用地使用权

收回行为所依据的地方性法规和部门规章没有穷尽的大量情形,法院表现出理性的自制乃至退缩。

四、政策建议:确立“权利行使型”规范模式的闲置国有建设用地使用权收回制度

法学研究的根本目的是解决现实问题,也就是要解决现实法律及其实践所存在的各种矛盾,从而使法律在整体上能够协调和完善、在实践中能够获得最好的社会效果。^⑤《闲置土地处置办法》强调的“政府与土地使用权人在民事合同关系中的平等地位”应予实现,依法从严和权益保障原则需要得到践行,^⑥闲置国有建设用地使用权收回的“权力驱动型”规范模式存在局限性亟须克服。要实现上述目标,关键在于:依循推进土地资源市场化配置的思路,摆脱以方便行政权力行使为圭臬的单向思维,进行闲置国有建设用地使用权收回制度的去公法化改革,实现国土资源主管部门“土地行政管理主体”与“土地所有权行使主体”身份的分离,改采偏重平衡性思维的民(私)法规范模式,借助物权变动机制的制度资源,准确阐释收回闲置国有建设用地使用权的法律结构及其主要环节的法律性质,确立“权利行使型”规范模式,完善权利(力)行使的实体和程序要件,并将其纳入到完整的物权法规范体系当中,依托体系化的制度资源,平衡相关各方的利益和冲突。国有建设用地使用权作为一种用益物权,被无偿收回的必要法律前提和直接法律后果就是用益物权人的权利消灭,只有先消灭或终止合法设定的用益物权,收回才能达到目的。^⑦因此,用民事权利消灭的法理重新阐释“收回闲置国有建设用地使用权”这一事实,才能从根本上解决问题。

民法制度资源中用益物权的消灭原因包括存续期间届满、用益物灭失、抛弃、混同、撤销(终止)等。^⑧闲置国有建设用地使用权的无偿收回是由作为“土地所有权行使主体”的国土资源主管部门基于特定的理由,通过单方意思表示消灭国有建设用地使用权的行为,并且原使用权人无权请求返还已经缴纳的土地出让金。在收回之时,国有建设用地使用权尚未到期,收回行为与建设用地使用权存续期间届满无关;国有建设用地使用权灭失并非基于使用权人的主动行为,不能演绎为使用权人抛弃用益物权;混同以“土地所有权人”取得用益物权为前提,需要收回在先,才有混同之可能;撤销是向前发生溯及力的,与我国关于无偿收回的要求并不相符。因此,在民法的制度资源中,土地所有权行使主体得以单方意思表示使用益物权向将来归于消灭的终止权制度^⑨成为阐释我国闲置建设用地使用权收回制度的可行路径。

以终止权的设立及行使为视角,重新阐释“闲置国有建设用地使用权收回”这一生活事实,其法律构造为:《土地管理法》第37条2款、《城市房地产管理法》第26条等我国现行闲置国有建设用地使用权无偿收回的法律规范以及《国有建设用地使用权出让合同》第32条明确了终止权的发生事由。终止权的行使应履行催告这一前置程序,^⑩经国土资源主管部门催告,使用权人仍不及时动工建设且不能说明正当理由的,国土资源主管部门向其发出《闲置土地认定书》并将相关信息登记于不动产登记簿,^⑪且以法定方式予以公告,^⑫以使利益相关者充分知晓该事项。至此,作为“土地所有权行使主体”的国土资源主管部门在完成行使终止权之前所必需的前置程序方可以行使终止权,而无偿收回闲置国有建设用地使用权。

由此,闲置国有建设用地使用权收回的权利构造演绎为国有建设用地使用权因作为“土地所有权行使主体”的地方政府或国土资源主管部门行使终止权而归于消灭。相较于“权力驱动型”规范模式,这种“权利行使型”规范模式更能妥帖地平衡各方的利益冲突。其理由如下:

1. 终止权的制度设计有利于克服运动式执法,保护相对人的利益。首先,在“权力驱动型”规范模式下,国土资源主管部门不问国有建设用地闲置形成的原因,仅仅依据闲置这一事实就可以作出收回决定。而在“权利行使型”规范模式下,因土地所有权行使主体如政府或者国土资源主管部门自身原因而没有履行“三通一平”义务、没有履行征收职责致使国有建设用地使用权人无法进行开发建设、调整国有建设用地本身或者周边城市建设规划致使国有建设用地使用权人不能按照原来的方案开发建设的,使用权人行使同时履行抗辩权,可构成收回的抗辩事由,阻却终止权的行使。另外,在终止权规范模式下,在诸如国土资源主管部门怠于行使终止权的场合,建设用地使用权人还可以主张除斥期间抗辩,进而督促国土资源主管部门及时行使权利。这将有效避免运动式执法和无法可依,并使政府或国土资源主管部门的目光真正集中于需要整治的闲置土地。其次,以行政处罚理解闲置国有建设用地使用权收回的性质,不利于保护相对

人的利益。由于行政赔偿以行政主体具体行政行为(行政处罚)违法为前提,原使用权人因平整土地、修建部分建筑物、铺设管道等支出的费用在国有建设用地使用权被无偿收回之后很难获得国土资源主管部门的赔偿或者补偿。终止权的制度设计为原使用权人主张补偿“有益费用”提供了可能性:一方面,原使用权人可以主张其已经支付的“有益费用”在国有建设用地使用权被收回后,构成了国土资源主管部门的“不当得利”,以此为请求权基础请求国土资源主管部门返还其有益费用的支出;另一方面,原使用权人“有益费用”支出而产生的成果并不是收回的客体,但其又与被收回的建设用地难以分割或者分割“不经济”,故二者构成了添附关系。虽然《物权法》没有关于“添附”制度的明确规定,但可以借鉴传统民法的一般理论和我国台湾地区的立法经验,以“添附之求偿关系”^③来阐释原使用权人就“有益费用”提出的主张。

2. 终止权的制度设计有利于保护抵押权人的利益。在“权力驱动型”规范模式下,闲置国有建设用地使用权被无偿收回的,抵押权人只是其利益被考虑的主体,而无权提出独立主张,只享有知情权和参与权,其利益之实现完全仰赖国土资源主管部门之“施舍”。实际上,即便将收回理解为行政处罚,按照民事责任优先于行政责任的法理和实践,也应对抵押权人的利益加以充分考量。终止权的制度设计保障了抵押权人独立的权利主体地位:经登记公示的抵押权具有物权的对世效力,闲置国有建设用地使用权因“土地所有权行使主体”行使终止权而被收回,用益物权因为终止权的行使而消灭,但用益物权上设立的抵押权的效力不应因此受影响,抵押权人仍然可以追及至因用益物权消灭而生之利益,^④向作为收回主体的相应级别政府或国土资源主管部门主张,就再次出让土地获得的土地出让金优先受偿。

3. 终止权的制度设计有利于保护被征收(拆迁)人的利益。在闲置国有建设用地使用权被无偿收回、被征收(拆迁)人没有足额收到拆迁安置补偿款而原使用权人又不具备支付能力的场合,以终止权的发生及行使为核心的民法规范模式更显其优势:对《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《条例》)实施以前的纠纷,可以依权利义务概括承受的逻辑,认定国土资源主管部门在无偿收回国有建设用地使用权,而获得用益物权的同时,概括承担该国有建设用地使用权负担的相关义务;对于《条例》实施以后的案例,既然已经明确了国土资源主管部门唯一的“拆迁人”主体地位,在国土资源主管部门违法违规出售“毛地”的情形下,可以理解为受让人基于国土资源主管部门的委托而实施拆迁补偿行为,其行为的法律后果可以按照委托代理的法理厘定。在作为“受托人”的国有建设用地使用权人不能履行《拆迁安置补偿合同》的义务时,被征收(拆迁)人有权向作为“委托人”的国土资源主管部门主张拆迁安置补偿款。

五、结语

现行“权力驱动型”规范模式下的闲置国有建设用地使用权收回制度已经在实际运行过程中暴露出种种局限,其单向度地强调各级政府整治闲置国有建设用地目标的实现而忽略在收回过程中各方利益的平衡。因此,我国立法应采用“权利行使型”规范模式,通过终止权的运行,重新阐释闲置国有建设用地使用权收回这一生活事实,遵循所有权和用益物权变动的逻辑规范各方的权利义务关系,以设置终止权的发生及行使为依托设定闲置国有建设用地使用权收回的条件和程序,明确收回行为各环节的法律性质,以有效防止国土资源主管部门权利(力)的滥用,合理平衡原使用权人、抵押权人、被征收(拆迁)人等相关各方的合法权益,进而保障“充分、合理利用土地”这一法政策目标的实现。

注释:

① 参见《国土部:截至5月底全国共上报违法用地3070宗》,http://www.chinanews.com/estate/2010/08-19/2477240.shtml,2014-03-18。为此,国务院下发《关于坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知》强调要加强对闲置土地的处置力度,将其作为增强土地有效供给和规制房地产企业炒地囤地行为的重要手段。

② 参见《中华人民共和国土地管理法》第37条2款、《中华人民共和国房地产管理法》第26条、《基本农田保护条例》第18条、《城市房地产开发经营管理条例》第15条、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条、《国有建设用地使用权出让合同》(示范文本GF-2008-2601)第32条。

③ 参见中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》;2004年10月21日《国务

院关于深化改革严格土地管理的规定》。

④这些被排除的案例虽然同时包含“闲置土地”和“建设用地”两个关键词,但并不以闲置土地的收回或处罚为争议焦点。

⑤王永亮:《收回闲置土地使用权行政案件中司法审查要点剖析》,《法律适用》2011年第5期。

⑥⑪⑰参见广东省广州市中级人民法院(2011)穗中法民五终字第63—67号民事裁定书。

⑦在二审、再审案件中,以一审的被告作为本文数据统计的被告方。

⑧参见洪巧俊:《有多少闲置土地还在“晒太阳”》,《中国青年报》2012年10月31日。

⑨最高人民法院的司法立场是,在物权变动场合,基于物权的对世性和不动产登记公信力,抵押权人可以通过行政诉讼程序,维护自己的利益。例如,《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第4条的规定。

⑩《闲置土地处置办法》第16条对《收回国有建设用地使用权决定书》应当包括的内容作了明确规定。

⑫根据《中华人民共和国物权法》第42条的规定,征收制度系从作为征收对象之权利客体的角度界定制度的适用范围,征收行为一体消灭存在于征收客体之上的所有权利。

⑬在52个案例中,单独适用《中华人民共和国土地管理法》裁判的案例有2个,单独适用《中华人民共和国城市房地产管理法》裁判的案例有2个,同时适用前述两部法律而没有适用其他部门规章和地方性法规的案例有3个。

⑭需要说明的是,法院在一个裁判中可能同时适用多部法律规范,在统计时会对其进行分别计数,因此表5数据中合计的案例总数超过本文52个案例的样本总数。

⑮根据《城镇国有土地出让和转让暂行条例》第17条、1997年原国家土地管理局颁布的《国家土地管理局关于认定收回土地使用权行政决定法律性质的意见》第5条的规定,人民政府或者土地主管部门依法无偿收回出让的国有土地使用权,属于行政处罚决定。

⑯《中华人民共和国行政处罚法》第8条。

⑰广州市中级人民法院(2011)穗中法民五终字第67号民事裁定书认定,根据2010年3月1日实施的《广州市闲置土地处理办法》第27条,被拆迁人可向有关行政机构主张其合法权益,故本案暂不处理,予以驳回。

⑱这种情形可能因2012年5月22日修订《闲置土地处置办法》而有所缓解,此次修订增加了属于政府、政府有关部门的行为造成动工开发延迟的6种情形,并规定了专门的处置方式。参见《闲置土地处置办法》第8条和第12条。

⑲参见庄山:《房子的盛宴》,《三联生活周刊》2013年第3期。

⑳参见薛冰妮、胡蕾:《调查称房产商至少拿出两成利润贿赂权力部门》,《南方都市报》2012年12月17日。

㉑参见《海南天然芦荟开发有限公司与定安县人民政府土地行政处罚纠纷上诉案》,海南省高级人民法院(2006)琼行终字第206、207号,(2007)琼行终字第143、144号民事判决书,本案经过4次再审。

㉒参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》、《土地储备管理办法》和《闲置土地处置办法》。

㉓国土资源主管部门也主张“合同争议处理:协调、仲裁、诉讼均属于民事行为”。参见国土资源部土地利用司:《看清交易新规则——新《国有建设用地使用权出让合同》示范文本详解》(下),《中国土地》2008年第7期。

㉔参见姚建宗:《法学研究及其思维方式的思想变革》,《中国社会科学》2012年第1期。

㉕《国土资源部介绍〈闲置土地处置办法〉修订情况》,http://www.mlr.gov.cn/xwdt/mtsy/201207/t20120702_1117011.htm,2013-05-06。

㉖参见朱广新:《论建设用地使用权的提前收回》,《华东政法大学学报》2011年第4期。

㉗参见房绍坤:《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第204—211页。

㉘参见蔡立东:《论承包地收回的权利构造》,《法商研究》2012年第3期。

㉙《闲置土地处置办法(修订草案)》(征求意见稿)第8条规定:“构成闲置土地的,县级以上地方国土资源主管部门应当下达《责令限期动工通知书》,督促土地使用者及时纠正。”该条在最终公布的《闲置土地处置办法》中被删除。

㉚此处以终止权的行使消灭用益物权,不属于非依法律行为的物权变动。根据物权公示、公信的法理,对不动产物权的限制只有记载于不动产登记簿才能产生对抗第三人的效力。

㉛《上海市实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第39条第1款规定:“依法收回土地使用权的,市或者区(县)土地管理部门应当提前予以公告。公告期不少于30日。”

㉜参见谢在全:《民法物权论(上)》(修订五版),台湾新学林出版股份有限公司2007年版,第475—481页。

㉝虽然《中华人民共和国物权法》规定抵押物转让须经抵押权人同意的前置程序且未明确承认抵押权的追及效力,但从物上代位的法理和《中华人民共和国物权法》第174条的规定证成和支持笔者的主张。

责任编辑 耿 卓